

JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADE
ÁNGEL GARCÍA VIDAL
(Eds.)

EL DERECHO MERCANTIL EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI

*Libro Homenaje
al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa
con motivo de su octogésimo cumpleaños*

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6. 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9768-785-0
Depósito legal: M-00000-2010
Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS, S. L.
Impresión: Top Printer Plus
Polígono industrial Las Nieves - 28935 Móstoles (Madrid)
Madrid, 2010



ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS UTILIZADAS	15
NOTA DE LOS EDITORES	23
PRESENTACIÓN	
<i>Manuel Olivencia Ruiz</i>	25
PERSPECTIVAS GENERALES DEL DERECHO MERCANTIL Y ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPRESARIO	
LA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO POR LA UNIÓN EUROPEA EN LOS UMBRALES DEL SIGLO XXI <i>Justino F. Duque Domínguez</i>	29
SISTEMA ECONÓMICO, MODELOS DE EMPRESA Y CULTURA EMPRESARIAL EN LA ENCÍCLICA <i>CARITAS IN VERITATE</i> <i>Juan Ignacio Font Galán</i>	39
DE NUEVO SOBRE LAS LIMITACIONES AL APODERAMIENTO DEL FACTOR <i>Aurelio Menéndez</i>	49
UN CÓDIGO MERCANTIL DEL SIGLO XXI <i>Manuel Olivencia Ruiz</i>	53
DERECHO UNIFORME DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN AMÉRICA <i>Pilar Perales Viscasillas</i>	63
DERECHO MERCANTIL: UN DERECHO EUROPEO. INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL MODERNO ORDENAMIENTO MERCANTIL <i>Elena F. Pérez Carrillo</i>	77
LAS MISIONES DEL DERECHO MERCANTIL EN EL SIGLO XXI <i>Francisco Vicent Chulià</i>	91

DERECHO DE SOCIEDADES

EL DERECHO AL HONOR DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES <i>Manuel Areán Lalín</i>	105
CONSTITUCIÓN TELEMÁTICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES <i>Josefina Boquera Matarredona</i>	115
LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y EL NUEVO RÉGIMEN DE LA FUSIÓN <i>Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya</i>	125
APUNTES DE LA LEY 3/2009, DE 3 DE ABRIL, SOBRE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES <i>Encarna Dávila Millán</i>	139
APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO <i>José Miguel Embid Irujo</i>	151
CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA DE LOS PACTOS PARASOCIALES EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS <i>Javier García de Enterría</i>	163
EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN: EN PARTICULAR, SU APLICACIÓN A LA CONVOCATORIA Y REUNIÓN DE TALES ÓRGANOS <i>Apol·lònia Martínez Nadal</i>	175
ASPECTOS FORMALES DE LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS <i>José María Muñoz Planas y José María Muñoz Paredes</i>	191
EL ARTÍCULO 50 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: CONSIDERACIONES INICIALES Y PRIMERAS REFLEXIONES <i>Leopoldo José Porfirio Carpio</i>	205
EL CAPITAL AUTORIZADO EN EL MARCO DEL AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS <i>Juana Pulgar Ezquerro</i>	219
LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES EN LA NUEVA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES: VISIÓN GENERAL <i>Jesús Quijano González</i>	231
LA REFORMA DEL COMITÉ DE AUDITORÍA <i>Fernando Sánchez Calero</i>	245

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DE LA PUBLICIDAD

UNA EXPLORACIÓN SOBRE LA POSIBILIDAD DE ALEGAR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN ACCIONES DE DAÑOS DERIVADOS DE INFRACCIÓN DE LA LDC: A PROPÓSITO DEL CASO «ACOR» <i>María Pilar Bello Martín-Crespo</i>	263
--	-----

	<u>Pág.</u>
LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA, LA AUTORREGULACIÓN Y LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL <i>Alberto Bercovitz</i>	271
PODER DE MERCADO Y PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA <i>Julio Costas Comesaña</i>	281
LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN LA VIGENTE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA <i>Eduardo Galán Corona</i>	295
NEGATIVA DE VENTA O SUMINISTRO Y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE <i>Fernando García Cachafeiro</i>	307
LA REFORMA DEL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL: ¿HACIA EL DERECHO DE LA LEALTAD? <i>Rafael García Pérez</i>	323
LA NUEVA CLÁUSULA GENERAL EN LA LCD <i>José Antonio Gómez Segade</i>	331
LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS ESTRUCTURALES EN LOS CASOS DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA <i>Francisco Hernández Rodríguez</i>	345
LOS ACTOS DE ENGAÑO EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL <i>Carlos Lema Devesa</i>	355
EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL «CÓDIGO DE AUTORREGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE ALIMENTOS DIRIGIDOS A MENORES, PREVENCIÓN DE LA OBESIDAD Y SALUD» (CÓDIGO PAOS) <i>María del Mar Maroño Gargallo</i>	365
PANORÁMICA DE LA REFORMA EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL <i>Juan Ignacio Ruiz Peris</i>	379
LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL <i>Juan Sánchez-Calero Guilarte</i>	391
PROTECCIÓN DE MENORES Y COMPETENCIA DESLEAL <i>Anxo Tato Plaza</i>	401
LA PUBLICIDAD DE MEDICAMENTOS DIRIGIDA AL PÚBLICO EN GENERAL <i>Manuel José Vázquez Pena</i>	411
 DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL 	
CONSORCIOS DE PATENTES Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA (Apunte introductorio) <i>Manuel Botana Agra</i>	427
CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES <i>Ángel Fernández-Albor Baltar</i>	441

	<u>Pág.</u>
LA «FAMILIA DE MARCAS» TAMBIÉN EN CRISIS <i>Javier Framiñán Santas</i>	449
REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA FIGURA DE LAS MARCAS DE GARANTÍA <i>Rita Largo Gil</i>	459
EL JUEZ Y LOS PARÁMETROS DE CONDUCTA EN LA PROPIEDAD INDUS- TRIAL Y LA COMPETENCIA DESLEAL <i>José Manuel Otero Lastres</i>	475
EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE Y LA TRANSFE- RENCIA DE RESULTADOS DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS MEDIANTE LA CONSTITUCIÓN DE EM- PRESAS DE BASE TECNOLÓGICA (EBTS) <i>María Victoria Petit Lavall</i>	487
DISEÑO INDUSTRIAL Y COMPETENCIA DESLEAL: ALGUNAS CLAVES <i>Ana María Tobío Rivas</i>	501
CONTRATOS MERCANTILES	
EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESORADO UNI- VERSITARIO: LA PROBLEMÁTICA (POR RESOLVER) DEL ART. 83 DE LA LEY ORGÁNICA DE UNIVERSIDADES <i>Vicente Cuñat Edo y Juan Bataller Grau</i>	517
REFLEXIONES EN TORNO A LA NORMATIVA SOBRE COMERCIO MINORIS- TA Y SU ADAPTACIÓN A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS <i>María Angustias Díaz Gómez</i>	529
EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS <i>Pablo Fernández Carballo-Calero</i>	545
DINERO, PLAZO Y DEPÓSITO BANCARIO (Una «retro-exégesis», para el si- glo XXI, de la STS de 21 de junio de 1928) <i>José Luis García-Pita y Lastres</i>	557
EL CONTRATO DE MUDANZA (Análisis de la regulación contenida en la Ley 15/2009, del contrato de transporte terrestre de mercancías) <i>Ángel García Vidal</i>	571
LO QUE CAMBIA EN EL DERECHO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL TRAS LAS REGLAS DE ROTTERDAM <i>Rafael Illescas Ortiz</i>	59º
LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO EN PÚBLICA SUBASTA. APROXIMACIÓN DESDE EL RÉGIMEN LEGAL DEL COMERCIO MINORISTA <i>Luis María Miranda Serrano</i>	601
INTERNACIONALIDAD EN LA CESIÓN DE CRÉDITOS CUBIERTA POR <i>CARIT</i> <i>David Morán Bovio</i>	621
INFORMACIÓN GENÉTICA Y CONTRATO DE SEGURO: PANORAMA ESPA- ÑOL Y COMPARADO <i>María José Morillas Jarillo</i>	637

EL PRÉSTAMO A LA GRUESA COMO MEDIO DE FINANCIACIÓN DEL COMERCIO EN LA ANTIGÜEDAD <i>Juan Luis Pulido Begines</i>	649
ALGUNAS NOTAS SOBRE FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN LA LEY 34/2002, DE 11 DE JULIO (LSSI Y CE) <i>José Ignacio Vidal Portabales</i>	663

**TÍTULOS VALORES E INSTITUCIONES
DE INVERSIÓN COLECTIVA**

EL LIBRAMIENTO COMO RELACIÓN CAMBIARIA: ESTRUCTURA, ELEMENTOS Y ALGUNOS PROBLEMAS <i>Francisco J. Alonso Espinosa</i>	679
UNA PROPIEDAD ESPECIAL: LA DEL PATRIMONIO DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN <i>Agustín Madrid Parra</i>	695

DERECHO CONCURSAL

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES SOCIETARIAS Y CONCURSO DE ACREEDORES: ACCIONES DE IMPUGNACIÓN Y CONVENIO CONCURSAL <i>Fernando Cerdá Albero</i>	711
INEXIGIBILIDAD DEL DEBER DEL DEUDOR DE INSTAR SU CONCURSO Y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN <i>José Antonio García-Cruces</i>	731
ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA REFORMA DEL RÉGIMEN DEL CONVENIO CONCURSAL OPERADA POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2009 <i>Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno</i>	743
LUCES Y SOMBRAS EN LA REFORMA DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO CONCURSAL <i>Rocío Quintáns Eiras</i>	755
REFORMA RECIENTE Y REFORMA PENDIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL <i>Pedro Yanes Yanes</i>	769

NOTA DE LOS EDITORES

La Escuela española del Derecho Mercantil en los últimos cuarenta años ha venido ofreciendo un testimonio de gratitud y afecto, en forma de libro homenaje, a los maestros que alcanzaban la edad de jubilación. En el caso del profesor Carlos FERNÁNDEZ-NÓVOA no fue posible dicho reconocimiento general en su momento, porque en la fecha de su jubilación, en el año 2000, estaban todavía en marcha varios estudios-homenaje. Únicamente se produjo un reconocimiento restringido y cerrado en el ámbito del Derecho Industrial con la publicación del volumen XX de la revista *ADI*, a él dedicado. Por esta razón, a mediados de 2008, un comité organizador integrado por los catedráticos de Derecho Mercantil más antiguos y la dirección asumida en la Universidad de Santiago por los editores de este volumen puso en marcha la idea de ofrecerle un libro homenaje de forma excepcional, con ocasión de su octogésimo cumpleaños en junio de 2010. Con esta finalidad, en enero de 2009 los profesores ya jubilados Evelio VERDERA, Aurelio MENÉNDEZ, Fernando SÁNCHEZ CALERO, Manuel OLIVENCIA y Justino DUQUE, junto con el profesor José A. GÓMEZ SEGADE firmaron una carta-invitación para unos estudios-homenaje («que él merece y muchos deseamos ofrecerle») que se envió a todos quienes en ese momento eran catedráticos de Derecho Mercantil o habían sido acreditados para concurrir a una cátedra.

El presente volumen trae su origen de esta convocatoria, de la que también se desprende su rasgo fundamental, que es el afán sintético y simbólico, que implica un cambio de paradigma para condensar el homenaje en un único volumen. En aras de este objetivo resultaba imprescindible establecer rigurosos límites objetivos y subjetivos. Por lo que concierne al límite objetivo, siguiendo ejemplos dignos de imitar, se fijó la extensión máxima de cada artículo en quince folios a espacio y medio con notas incluidas. Por otro lado, en lo que atañe al límite subjetivo se envió la invitación únicamente a todos los catedráticos y catedráticas de Derecho Mercantil en representación simbólica de la Escuela española del Derecho Mercantil, que obviamente es mucho más amplia. En aras de la brevedad hubo que prescindir de colaboraciones de profesores titulares y otros profesores de Derecho Mercantil de gran valía que habrían enrique-

cido la obra pero que habrían hecho inviable la publicación y mucho más en momentos de crisis como el presente. Únicamente ha existido una excepción fácil de comprender: por razones de proximidad vital y profesional también se ha enviado la invitación a todos los profesores de Derecho Mercantil con grado de doctor que imparten docencia en Facultades de Derecho de Galicia.

Los editores hemos tenido una estrecha relación con el profesor Carlos FERNÁNDEZ-NÓVOA, que en el caso del profesor GÓMEZ SEGADE se remonta a más de cuarenta años por ser el primero y más antiguo de los discípulos del homenajeado. Sin embargo, en este momento no nos corresponde emitir ninguna valoración sobre la personalidad y la obra del profesor FERNÁNDEZ-NÓVOA, que además en algún caso ya hemos realizado por escrito en otras publicaciones anteriores. Únicamente debemos hacer constar nuestro agradecimiento a quienes han hecho posible que la obra vea la luz.

En primer lugar queremos mostrar nuestra gratitud con un renovado testimonio de admiración y afecto a los maestros Evelio VERDERA, Aurelio MENÉNDEZ, Fernando SÁNCHEZ CALERO, Manuel OLIVENCIA y Justino DUQUE, que hicieron suya la idea con entusiasmo desde el primer momento y prestaron su colaboración para que el proyecto llegara a buen puerto. Gracias especiales merece D. Manuel OLIVENCIA, que no sólo llevó a cabo con su tradicional bonhomía eficaces labores de mediación y consejo, sino que aceptó generosamente «doblar» su colaboración con un trabajo de presentación de la obra y la personalidad del profesor FERNÁNDEZ-NÓVOA, compañero y amigo desde los tiempos lejanos en que compartían inquietudes en la cátedra del profesor Joaquín GARRIGUES bajo su magisterio directo.

En segundo término, muchas gracias a quienes han aceptado la invitación y han colaborado en la obra, por haberse ajustado a las rigurosas prescripciones formales y temporales, imprescindibles para cumplir con los objetivos propuestos. Gracias también a todos aquellos que han recibido la invitación y nos han manifestado que por una u otra razón no podían colaborar, como habría sido su deseo. Lamentamos que la dimensión del volumen proyectado no permitiera la participación de otros mercantilistas, así como de colegas, amigos y antiguos alumnos del profesor FERNÁNDEZ-NÓVOA pertenecientes a otras áreas del Derecho, que nos hicieron llegar su deseo de colaborar. No fue posible satisfacer sus deseos, pero quede aquí constancia de su predisposición y de los muchos testimonios de admiración y afecto recibidos.

Por último, también queremos manifestar nuestro profundo agradecimiento a la editorial MARCIAL PONS, que desde el primer momento se implicó con entusiasmo en la publicación de este volumen, cuyo diseño, presentación y composición es el resultado de una tradición editorial de compromiso, prestigio y alta calidad.

Santiago de Compostela, 25 de marzo de 2010

Prof. Dr. *José Antonio Gómez Segade*. Catedrático de Derecho Mercantil. USC
Prof. Dr. *Ángel García Vidal*. Profesor Titular de Derecho Mercantil. USC

PRESENTACIÓN

Estas páginas tienen el propósito de expresar al destinatario del libro, el profesor Carlos FERNÁNDEZ-NÓVOA, los motivos por los que sus compañeros y amigos, autores de los trabajos que contiene, queremos ofrecerlos en su homenaje.

Por acuerdo de los organizadores, ha recaído en mí la grata encomienda. Ni siquiera puede legitimarse en esta ocasión la razón de edad ni la de antigüedad, que en otros recae en mayor medida —el tiempo es una categoría mensurable, en la vida y en el escalafón—, sino la de cercanía «de escuela», la de ser condiscípulos del magisterio del profesor Joaquín GARRIGUES, bajo cuya guía trabajamos juntos —colaboramos—, ayudamos —«ayudantes: participio de presente activo», nos recordaba el maestro—, y nos ayudamos en esa etapa de aprendices —del aprendizaje de enseñar—, hasta alcanzar esa primera meta que era ganar las oposiciones a cátedras —de la época—, para seguir trabajando, ayudando, aprendiendo y ganando otras metas.

Llegué yo antes que Carlos a la cátedra de D. Joaquín. En este caso, sí, por razón de edad; pero poco después de mi incorporación y de la de nuestro entrañable, llorado —de verdad—, inolvidable Manuel BROSETA, se produjo la de Carlos, sigilosa y calladamente, como corresponde a su carácter discreto, comedido, *sine strepito*. En el reducido recinto del despacho de la biblioteca, separado por una estantería del de D. Joaquín, en Antonio Maura, 16, descubrimos a un joven gallego, nuevo ayudante al que el maestro había encargado la organización de su rica biblioteca, la actualización del fichero de libros y artículos de revistas y la incorporación de las novedades bibliográficas. Pero el «descubrimiento» no se produjo de inmediato, porque la personalidad de nuestro colega, velada por un respetuoso silencio, no permitía esas prisas. Confieso —y me consta que igual experiencia compartieron Guillermo SENÉN, a la sazón ayudante más antiguo en el despacho y «pasante» de D. Joaquín—, y Manolo BROSETA —ninguno de ellos ya entre nosotros—, que quienes a diario compartíamos la tarea y la cercanía física del lugar de trabajo, tardamos algún tiempo en descubrir la personalidad del nuevo «fichaje», que, sin duda, al maestro no había pasado inadvertida. Pero también él era sigiloso, callado, discreto, come-

dido y restringido en la comunicación; sin duda, prefirió no presentárnoslo con encomios, para que lo descubriésemos nosotros mismos.

Lo hicimos, con sorpresa y alegría. El discreto silencio de Carlos escondía en su juventud un grado de madurez en su personalidad y en su formación jurídica nada común; un rigor en la profundidad de sus conocimientos y en su disciplina de trabajo verdaderamente ejemplares, que pronto nos sirvieron de modelo.

Su corto, pero bien aprovechado, *curriculum* era el mejor aval de su formación. Discípulo, sucesivamente, de un maestro del Derecho Romano, Álvaro D'ORS, y de un eminente civilista, el alemán LARENZ, llegaba al gran maestro del Derecho Mercantil español con un brillante historial académico y una solidez de saberes excepcional a sus años. Yo, que siempre he mantenido que a la especialización jurídica hay que llegar desde la base fundamental de la teoría general, advertí desde el primer momento que Carlos triunfaría en la rama «especial» del Derecho Mercantil, porque sus conocimientos apoyaban en las firmes capas del Derecho Romano y del Derecho Civil, donde están los cimientos de todo el Ordenamiento jurídico, y no sólo del especial mercantil.

El triunfo en las oposiciones a cátedras de 1964 le devolvió a su Galicia natal. En la vieja tradición de su tierra, el emigrante que puede, retorna. Carlos retornó y es difícil sacarlo de su casa, pese a su afición al ferrocarril. La casa es un bien «raíz», y la raíz hunde al árbol en la tierra, de ella lo nutre y en ella lo fija, por mucho que crezca y robustezca. En ese suelo ha levantado Carlos su árbol de la ciencia, desde las raíces a los frutos, su obra y su escuela. En la silente prudencia de su buen hacer, ha investigado, producido y publicado doctrina de autoridad reconocida internacionalmente; ha enseñado, formado y dirigido a discípulos; los ha unido en una «escuela», que él ha creado y guiado como verdadero maestro y que ha crecido frondosa como rama del mismo árbol.

Carlos ha seguido su modélico magisterio universitario por la recta vía con que inició su aprendizaje: de lo general a lo especial. Dentro del Derecho Mercantil ha cultivado con magníficos frutos ese sector, casi yermo hasta que él lo roturó, del Derecho Industrial, vieja zona polémica entre privatistas y publicistas que, quizás por ser de ambos, llegó a ser de *res derelicta*. En una región tradicionalmente agraria (agrícola, ganadera, forestal), pesquera y artesanal, escasa de cultura mercantil e industrial hasta hace poco, el profesor FERNÁNDEZ-NÓVOA ha creado una escuela y un Instituto, y ha cosechado frutos doctrinales, no ya de la máxima autoridad en España, sino de universal reconocimiento en todos los especialistas de este sector jurídico.

Contra la corriente de la historia, en la que los hechos preceden al Derecho, este jurista se ha anticipado a la evolución de la economía de su tierra madre, al centrar su estudio en las *creaciones del espíritu*, por delante de la implantación de una sociedad del conocimiento y de la información. Dedicarse a la protección del progreso creativo, del invento, el descubrimiento, la innovación, los signos distintivos de los protagonistas, de sus establecimientos, de sus bienes y servicios en la competencia del mercado, lo que constituye el objeto de la doctrina de esta escuela galaica y, en primer lugar, de su maestro, representa un fenómeno poco común de previsión, de olfato científico y de antelación del Derecho a los hechos. Hoy, Galicia es vanguardia de la innovación y de la moda; pero previamente lo eran, en la ciencia jurídica, su escuela, su Instituto

y sus *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*. Esas son las «creaciones del espíritu» que acreditan al profesor FERNÁNDEZ-NÓVOA como maestro y universitario ejemplar, pionero en nuevos caminos de la «moderna escuela del Derecho Mercantil español», jurista prudente (*jurisprudente*), persona recta, íntegra..., buena, amigo y compañero.

Quienes nos honramos con esos títulos de amigos y compañeros suyos queremos ofrecerle esta obra en homenaje de afecto, de admiración y de gratitud por sus enseñanzas, por el testimonio permanente de sus cualidades personales, académicas, científicas y éticas, y en reconocimiento de cuanto ha aportado a la Universidad y al Derecho. Escribo en nombre de todos los que firman en este libro, pero no puedo pasar en silencio un sentimiento personal, en mi propio nombre: me declaro deudor de Carlos FERNÁNDEZ-NÓVOA por el ejemplo que me brindó, por la ayuda que me prestó en momentos difíciles, hasta mi oposición, y por el regalo de su amistad. Creo que estas deudas, que no pueden extinguirse por el pago, al menos hay que reconocerlas.

* * *

Querido Carlos: Tu ascenso a la venerable categoría de *octogenario* es una buena excusa para ofrecerte este merecido homenaje con los mejores deseos de felicidad compartida con Encarna y con vuestra Helena, por muchos años más.

Manuel OLIVENCIA RUIZ
Sevilla, 4 de abril de 2010
Pascua de Resurrección

**PERSPECTIVAS GENERALES
DEL DERECHO MERCANTIL
Y ESTATUTO JURÍDICO
DEL EMPRESARIO**

LA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO POR LA UNIÓN EUROPEA EN LOS UMBRALES DEL SIGLO XXI

Justino F. DUQUE DOMÍNGUEZ *

1. PLANTEAMIENTO GENERAL Y JUSTIFICACIÓN

Reflexionar sobre el Derecho mercantil en los umbrales del siglo XXI implica, entre otros posibles enfoques, preguntarse por los contenidos que los acontecimientos sociales y económicos van a dar la *tonalidad esencial* a este ordenamiento parcial en el conjunto del ordenamiento más amplio de las formaciones políticas.

Es comúnmente aceptado que el Derecho mercantil existe bajo *diversas formas* correspondiente cada una de ellas a la época histórica en que se contempla. El Derecho mercantil no es, «está siendo» (GIRÓN TENA), una expresión que acertó a expresar de una forma aguda esa afirmación. En la Edad Media, el *comercio* de los mercaderes —y su regulación por las corporaciones de comerciales— fue la actividad económica que caracterizó el derecho de los mercaderes en su tráfico. Esta realidad se transforma a partir de la introducción de los actos de comercio adquiriendo una creciente importancia la normativa de las grandes empresas que comercializan y *producen industrialmente para el mercado*. Finalmente, el desarrollo económico exige cada vez más el desarrollo del crédito y de las instituciones que lo sirven proporcionando el Derecho mercantil la impronta de un Derecho financiero. La caracterización *sucesivamente predominante en la historia* no significa que sea exclusiva, pues lo nuevo —como el derecho de las grandes formaciones industriales— coexiste con la caracterización anterior —el comercio—, de la misma manera que el comercio había coexistido con el derecho de los cambios que, en algunos momentos,

* Catedrático emérito de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho Universidad de Valladolid.

fueron instrumentos no sólo de pagos internacionales, sino, aprovechando la diversidad de moneda, también de préstamos especulativos (a través de los pactos de *ricorsa*).

En los inicios del siglo XXI, la tonalidad del Derecho mercantil la dará el *ordenamiento de las actividades financieras*. No sólo por el desarrollo natural de la economía, sino también por el especial desarrollo del sistema financiero, con sus instituciones, y la generalización de un mercado en el que participan no sólo profesionales para financiar sus actividades comerciales o industriales, sino también quienes no posean esa cualidad profesional para atender la adquisición de bienes de la vida ordinaria (automóviles, vivienda...).

2. LA POLÍTICA DE REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR FINANCIERO EN LA CRISIS

En el clima de crecimiento económico ha surgido la *crisis económica* que sacude a toda economía. Aunque hayan sido varios los factores que la han producido, uno de los principales —si no el principal, como se verá más adelante— ha sido la defectuosa actividad bancaria, que no ha sabido valorar adecuadamente el crédito concedido generosamente. La crisis se ha manifestado en la llamada burbuja inmobiliaria, que, por su implicación en el mercado crediticio, ha reobrado sobre el sector financiero, con la consiguiente disminución del crédito y las dificultades de financiación.

La política económica se ha concentrado, por un lado, en tratar de *restaurar*, para las pequeñas y medianas empresas sobre todo, *la corriente crediticia*, sin la cual no hubiera podido continuar funcionando la economía y, por otro, en activar políticas de regulación de la actividad bancaria, para impedir que, sin menoscabo de los mercados, esta situación de crisis generalizada vuelva a producirse.

Como la economía ha experimentado un proceso de *mundialización*, bien por el favorecimiento de los intercambios internacionales, bien por la formación de entidades supranacionales (como la UE), las medidas propuestas tienen un carácter supranacional, sin perjuicio de las medidas que, en este marco, pueden adoptar las entidades nacionales dentro de su espacio soberano.

Uno de los puntos débiles del sistema financiero —no sólo en el espacio europeo¹, sino también en el de los EEUU—² es el funcionamiento de la supervi-

¹ La cuestión no sólo ha afectado a *Wall Street*, sino también a la *City* de Londres, porque, al ser más beneficiosa la legislación británica, la operación que se describe en la nota siguiente se había desplazado al mercado de Londres.

² Después de la caída de la entidad Lehman Brothers ha crecido la falta de confianza de los participantes en los mercados financieros. *Vid.* las noticias en *El Mundo*, 19 de marzo de 2010, p. 34, en el que se da cuenta de la alarma que ha suscitado los fallos tanto de las agencias de calificación como de los auditores en el caso de la caída de Lehman Brothers, con la utilización de la práctica contable conocida como *Repo 105*. Utilizando esta práctica, la empresa «hizo desaparecer de sus libros... 50.000 millones de dólares —unos 36.300 millones de euros— invertidos en hipotecas basura. Los activos se esfumaban durante unos días, justo antes de terminar cada trimestre, momento en el que se debían presentar públicamente las cuentas de resultados». Es decir, en la cuenta de resultados se presentaban como ventas lo que en realidad son préstamos a corto plazo con garantías de dudoso valor. Así se deshace temporalmente de activos con grandes pérdidas temporales, obteniendo una aportación temporal de liquidez.

sión de las entidades financieras. Por esta razón la preocupación de la UE va a cristalizar en una serie de disposiciones —todavía en la fase de propuesta— en el campo de la *supervisión macroeconómica* y en las funciones que se encomiendan al Banco Central Europeo, así como en la *reestructuración* interna de las entidades bancarias (requisitos de capital...).

3. LA CREACIÓN DE UNA JUNTA EUROPEA DE RIESGO SISTÉMICO

Una de las primeras actividades de la Comisión fue la de encargar, en noviembre de 2008, a un Grupo de Alto Nivel, presidido por JACQUES DE LAROSIÈRE, la formulación de un dictamen que contuviera «recomendaciones con vistas a reformar la supervisión y la reglamentación financieras en Europa».

El dictamen, «conjunto exhaustivo de propuestas encaminadas a aportar soluciones» a los problemas generados por «las deficiencias del marco normativo en materia de capital y de gestión de riesgo de las entidades financieras que han contribuido a las turbulencias registradas en los mercados financieros mundiales», es el documento que encabeza las reflexiones de la E. de M. de la Propuesta de Directiva COM de 13 de julio de 2009. Pero también la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se confiaba al Banco Central Europeo una serie de cometidos específicos en relación con el funcionamiento de la Junta Europea de Riesgo Sistémico [2009/0148 (AVC)]. El contenido del grupo Larosière se referían en concreto a «la manera de reformar los mecanismos de supervisión de la UE, a fin de proteger mejor a los ciudadanos y de restablecer la confianza en el sistema financiero». La Propuesta de Decisión también denunciaba en su E. de M. que la crisis financiera había puesto «de manifiesto importantes carencias en la supervisión financiera que no ha podido impedir la acumulación de riesgos excesivos en el sector financiero y ha puesto de relieve en particular las deficiencias de la actual supervisión macroprudencial».

En el plano de la supervisión, el 23 de septiembre de 2009 aparece una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

El motivo de esta Propuesta es, como indica su E. de M., la «actual crisis financiera que ha puesto de relieve las deficiencias del marco de supervisión europeo».

Estas deficiencias se han generado por el contraste entre la fragmentación a nivel nacional de las instituciones de supervisión del sistema financiero y los «grandes avances logrados en la integración de los mercados financieros».

El grupo de trabajo de Larosière, encargado de emitir un informe a petición del presidente BARROSO, ha propuesto en sus recomendaciones la creación una *Junta Europea de Riesgo Sistémico* (JERS).

Además, se propuso establecer un *Sistema Europeo de Supervisores Europeos* (SESE), producto de la transformación de los comités europeos que han existido hasta ahora; es decir, *Comité de Supervisores Bancarios Europeos* (CSBE), *Comité Europeo de Supervisores de Seguros y Pensiones de Jubilación* (CESSP) y *Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores* (CERV). Estos

organismos se transformarían en una autoridad comunitaria en estrecha relación con los sistemas comunitarios y con los nacionales.

Este sistema mantenía relaciones con la colaboración entre sus partes, compartiendo responsabilidades y siendo el espacio institucional en el que habían de combinarse las supervisiones a nivel nacional con tareas específicas a nivel europeo.

Estas actividades de supervisión habrían de *fomentar el buen funcionamiento del mercado* y garantizar la contribución sostenibles del sector financiero al *crecimiento económico*, fomentar la *armonización reglamentaria* y alcanzar la *coherencia de las prácticas* en la aplicación de las normas de supervisión.

La Comisión y el Consejo Europeo aprobaron estas directrices y, después de varios trámites internos de los órganos de la UE y sobre la base de la Comunicación de la Comisión y de las conclusiones del Consejo del EcoFin, se pidió por el Consejo Europeo a la Comisión que presentara las propuestas necesarias para que el nuevo marco proyectado pudiera estar disponible en el transcurso de 2010.

Consecuencia de estos trabajos se presenta la Propuesta de Reglamento de 23 de septiembre de 2009, que es informada en un Dictamen del Banco Central Europeo de 26 de octubre de 2009³.

La JERS se crea como un *órgano, completamente nuevo*, sin personalidad jurídica, asignándole un mandato que engloba la totalidad del sector financiero, creando un marco común para la supervisión macroprudencial.

Se le asigna un triple objetivo:

- «a) Establecer una perspectiva macroprudencial europea para abordar el problema de la fragmentación del análisis de riesgos a nivel nacional.
- b) Fomentar la eficacia de los sistemas de alerta rápida, mejorando la interacción entre el análisis microprudencial y el análisis macroprudencial (la solidez de las empresas se supervisa con demasiada frecuencia tomándolas de forma aislada, prestando escasa atención a su interdependencia dentro del sistema financiero).
- c) Posibilitar que los análisis de riesgos se traduzcan en actuaciones de las autoridades competentes».

Igualmente se establece una *organización*, que está centrada alrededor del principal órgano decisorio de la JERS: la *junta general*.

La composición es fundamental e *indicativa de las funciones* encomendadas a la JERS. Las normas garantizan una *representación significativa* de los Estados miembros, ya que el Banco Central es responsable, en cierta medida, de la supervisión macroprudencial.

La *Secretaría* es encomendada al Banco Central Europeo. Esta institución y el Eurosistema «realizan un seguimiento sistemático de la evolución cíclica y estructural en la zona del euro y en el sector bancario de la UE, así como

³ *Vid.* también el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 21 de enero de 2010 sobre los Reglamentos para la creación de la JERS, y así como los que crean la Autoridad Bancaria Europea, la de Seguros y Pensiones de Jubilación y la de Valores y Mercados; en la misma dirección el Dictamen del Banco Central Europeo, de 8 de enero de 2010, sobre las Propuestas de Reglamentos por los que se crean las mencionadas autoridades.

en otros sectores financieros, con objeto de evaluar los posibles puntos débiles del sector financiero y su capacidad de resistencia frente a potenciales perturbaciones».

Es importante señalar que la JERS *no tendrá competencias para imponer medidas vinculantes* a los Estados miembros o a las autoridades nacionales. Sus actividades se realizan mediante *avisos o recomendaciones* «que podrán afectar a cualquier aspecto del sistema financiero que pueda implicar un riesgo sistémico. También *colaborará con las instituciones financieras* pertinentes (FMI, Consejo de Estabilidad Financiera, etc.) y organismos de terceros países sobre cuestiones relacionadas con la supervisión macroprudencial».

La *eficacia* de estos avisos radica en la *influencia* que, gracias a la «gran calidad de la situación macroprudencial», pueden ejercer sobre las autoridades de los Estados miembros, comunicándoles los «desequilibrios del sistema financiero» que puedan aumentar los riesgos sistémicos, indicando al mismo tiempo las medidas que se estimen apropiadas.

La E. de M. sintetiza, bajo el epígrafe «aspectos jurídicos de la propuesta», las principales *funciones* desarrolladas en el articulado. Son éstas:

«1. Reconocer adecuadamente la *interdependencia* entre los riesgos microprudenciales y los macroprudenciales.

2. Lograr un grado de confianza suficiente de todos los interesados, por ejemplo, las entidades financieras, los inversores y los consumidores, para llevar a cabo actividades financieras transfronterizas.

3. Perspectiva más amplia de las interrelaciones entre la supervisión microprudencial y las interacciones entre éstas y el sistema financiero en general, con función y responsabilidad de los supervisores macroprudenciales.

4. Éstos deberán controlar y evaluar los riesgos potenciales que supongan para la estabilidad financiera hechos que puedan tener una incidencia sectorial o repercutir en el sistema financiero en su conjunto».

Estos avisos y recomendaciones *pueden dirigirse* a la Comunidad en su conjunto o a uno o varios Estados miembros, a una o varias autoridades de supervisión o a una o varias autoridades nacionales de supervisión. El destinatario de tales avisos o recomendaciones deberá *explicar* su actitud, *actuar* para remediar el desequilibrio señalado u ofrecer al Consejo la posibilidad de *formular observaciones*.

Los avisos y comunicaciones tendrán carácter *confidencial* y los destinatarios tienen el deber de tomar las medidas necesarias para mantener la confidencialidad.

Un aspecto muy interesante es la *cooperación entre el SESF y la JERS* para que el marco de supervisión macrojudicial pueda ser viable. A través de los oportunos reglamentos, se asegurará que las normas son las adecuadas para que el objetivo de la reforma se cumpla mediante lograr una interacción más homogénea entre la supervisión macroprudencial y la microprudencial.

4. MODIFICACIONES INTERNAS EN LA ESTRUCTURA DE CAPITAL

En el ambiente de crisis económica en que se encuentra el espacio europeo de la economía, no es sorprendente que los órganos de la UE estén desplegando, como se

ha dicho, una continuada actividad prenormativa y normativa en el sector financiero, como sector más expresivo de las dificultades económicas por las que atraviesa, en mayor o menor grado, las economías de los países miembros de la UE.

En esta dimensión, el momento final de esta reestructuración es, por ahora, la Propuesta de Directiva de Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2006/48 CE y 2006/49/CE, en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retribuciones y a la sujeción a supervisión de las políticas remunerativas [SEC (2009) 974 final; SEC (2009) 975 final] de 13 de julio de 2009 [COM (2009) 362 final].

Pero esta Propuesta es, por ahora, el punto final de una serie de esfuerzos y trabajos para llegar a una situación que contribuya a superar las dificultades de las empresas del sector financiero y, más allá de esta finalidad, determinados aspectos de su vida corporativa se reestructuren sobre bases más racionales que superen las prácticas que han desembocado en la crisis generalizada.

La finalidad de la política legislativa en este sector habrá de desarrollarse en tres niveles: uno, el de la supervisión de las actividades financieras; otro, el de algunos aspectos relevantes de la estructura de las empresas financieras; finalmente, el tercero en materia de contratación en el sector. Los dos campos primeramente enunciados son los que actualmente polarizan la actividad de la UE y a ella se refiere esta exposición.

Aunque la atención de este trabajo se centra en la actividad de la UE, no hay que olvidar que la crisis no sólo afecta a los Estados miembros del CEE, sino que es una crisis de alcance general y, por tanto, en la composición del marco general que se pretende crear habría que tener presente las actividades de otros organismos de ámbito internacional —como el G-20—, así como las medidas que vayan tomando algunos países para superar las dificultades específicas que pueden afectar a sus economías.

El Comité de Basilea II de supervisión bancaria «ha formulado recomendaciones destinadas a atenuar el riesgo de que el marco regulador del capital pueda amplificar la propagación de las perturbaciones del sector financiero a la economía real».

Para apoyar las recomendaciones del FSF y del G-20, el Comité de Basilea está elaborando modificaciones más pormenorizadas de las normas vigentes con arreglo a un calendario establecido por el G-20.

Los objetivos varían precisados por las medidas encaminadas a *endurecer los requisitos de capital* respecto de los activos que los bancos mantienen en la *cartera de negociación con fines de reventa a corto plazo*. Asimismo, las medidas propuestas habrán de adecuar los requisitos de capital en relación a las *titulaciones complejas*, incluidas en la *cartera bancaria* o en la *cartera de negociación*.

Por otro lado, se trataría de nuevo⁴ la materia de las *remuneraciones* que ya habían sido objeto de Recomendaciones de fecha anterior, estableciendo prin-

⁴ El 30 de abril de 2009, de dos Recomendaciones sobre el sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa y sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros. El Comité de Supervisores Bancarios Europeos (CSBE) ha elaborado también una serie de principios sobre las políticas remunerativas que se publicaron el 20 de abril de 2009.

cipios para las prácticas racionales, a fin de adecuar en el sistema financiero los incentivos para los empleados a la rentabilidad a largo plazo de la empresa.

5. SOBRE LAS RELACIONES DE MERCADO CON LOS CLIENTES

La UE no ha formulado especiales requisitos referidos a la actividad contractual de las entidades financieras con sus clientes. En este punto, salvo lo previsto para la defensa de los consumidores en los contratos de crédito, los Estados miembros podrán *tipificar los contratos bancarios* en el marco de su legislación nacional. La tipificación de los contratos, respetando las normas de Derecho necesario en el sector contractual, es necesaria por una razón de *seguridad jurídica*; los contratantes deben conocer anticipadamente la estructura de los esquemas contractuales para poder decidir si contratan o si no lo hacen. El esquema contractual establecido legalmente podrá ser modificado en el ámbito de la autonomía contractual, a fin de adecuarse a las situaciones de mercado y a las peculiaridades de los eventuales clientes.

Pero el esquema legal servirá como marco de contraste con el concreto contrato que se pretenda celebrar, ya que los tipos contractuales y regulados flexiblemente, expresan la idea de relación justa que en esa materia tiene el legislador⁵.

Por otro lado, para un mejor conocimiento de la función, de la estructura y función, que permitan valorar mejor a los clientes los riesgos de las operaciones, los *derivados*⁶. A pesar de la movilidad de estos objetos de negociación, conviene establecer los que han subsistido⁷ para suplir los desconocimientos generalizados que tienen los eventuales contratantes sobre estos instrumentos, superando así una desconfianza generalizada, basada en la ignorancia, en el tráfico ordinario bancario.

6. FINAL

Con estas medidas se espera que, con la colaboración entre las autoridades comunitarias y las nacionales de cada Estado miembro se reconstruya la normalidad del funcionamiento de la difusión equilibrada del crédito en el conjunto de la economía, «al abordar, de verdad —como espera J. SEVILLA—⁸, la reconversión del *complejo inmobiliario-financiero* español». Pero no sólo la superación de la crisis, sino también establecer las *condiciones para un futuro sistema financiero* que funcione racionalmente.

⁵ Vid. L. J. CORTÉS y A. SALA ANDRÉS, *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Madrid, 2004, pp. 105 y ss.

⁶ A. SÁNCHEZ ANDRÉS, «Regulación, control de riesgos y cooperación internacional en relación con instrumentos derivados», en *Estudios Jurídicos sobre el mercado de valores*, Madrid, 2008, pp. 963 y ss.; L. J. CORTÉS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 209.

⁷ R. KNOP, *Manual de instrumentos derivados*, Empresa Global, 2010.

⁸ V. J. SEVILLA, «137 medidas, pero ¿qué estrategia?», en *Negocios*, 14 de marzo de 2010, p. 12.